

Т.О. Анцупова

*докторант кафедри права Європейського Союзу та
порівняльного правознавства
Національного університету «Одеська юридична академія»,
кандидат юридичних наук, доцент*

О.В. Маміч

*здобувач кафедри права
Європейського Союзу та порівняльного правознавства
Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ДО ПИТАННЯ ДОЦІЛЬНОСТІ ВСТАНОВЛЕННЯ У
ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ВІКУ СЕКСУАЛЬНОЇ ЗГОДИ
(AGE OF CONSENT) З ОГЛЯДУ НА ПРАКТИКУ ЄСПЛ
ТА ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПЕРЕД РАДОЮ ЄВРОПИ**

Т. О. Анцупова, О. В. Маміч. До питання доцільності встановлення у законодавстві України віку сексуальної згоди (age of consent) з огляду на практику ЄСПЛ та договірні зобов'язання перед Радою Європи. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду питання щодо доцільності законодавчого закріплення віку сексуальної згоди в Україні та суміжних з цим питань. Авторки аналізують положення Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (2007 р.) і відповідну практику Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: право Ради Європи, практика ЄСПЛ, законодавство України, вік сексуальної згоди, діяльність сексуального характеру, діти, Конвенція про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства.

Т. А. Анцупова, Е. В. Мамич. К вопросу о целесообразности установления в законодательстве Украины возраста сексуального согласия (age of consent) учитывая практику ЕСПЧ и договорные обязательства перед Советом Европы. – Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопроса о целесообразности законодательного закрепления возраста сексуального согласия в Украине и смежных с этим вопросов. Авторы анализируют положения Конвенции Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия (2007 г.) и соответствующую практику Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: право Совета Европы, практика ЕСПЧ, законодательство Украины, возраст сексуального согласия, деятельность

сексуального характеру, діти, Конвенція о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия.

T. Antsupova, E. Mamich. To question of establishing expediency in the Ukrainian legislation the age of sexual consent (age of consent) considering the ECtHR's practice and contractual obligations to the Council of Europe. – Article.

The article is devoted to the question of the expediency of legislative consolidation age of sexual consent in Ukraine and related matters. The authors analyze the provisions of the Council of Europe Convention on the issues of Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007) and the European Court of Human Rights relevant practice. *Keywords:* The Council of Europe law, the practice of the ECtHR, Ukrainian legislation, the age of sexual consent, «sexual activities», children, Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse.

Захист дітей від насильства і експлуатації – одне з найбільш складних питань, з якими доводиться мати справу Європейському суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд). Це питання є тісно пов'язаним із культурою, морально-етичними поглядами і традиціями у державах-учасниках Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ, Конвенція). Той факт, що звичайне право, політика та практика досить значно різняться у державах-сторонах Конвенції, можна використовувати для обґрунтування меж розсуду ЄСПЛ. При розгляді справи Хендсайда (Handyside) проти Великої Британії, Суд визначив, що неможливо встановити єдину європейську концепцію моралі в рамках внутрішнього права різних держав-учасниць. Він також заявив, що погляди на моральні вимоги, обумовлені відповідними законами цих країн, змінюються залежно від часу і місця, і, особливо, в нашу епоху, що характеризується швидкою еволюцією думок з даного питання [1].

Метою цієї статті є вирішення питання щодо доцільності встановлення в українському законодавстві віку сексуальної згоди (age of consent) з огляду на практику ЄСПЛ та договірні зобов'язання України перед Радою Європи.

Дослідженням міжнародних стандартів захисту прав дитини та їх імплементації до законодавства України присвятили свої праці такі вітчизняні і зарубіжні науковці як: М. Балцерець, О. І. Вінглов-

ська, О. М. Гончаренко, К. Є. Демиденко, В. Н. Денисов, Ю. М. Колосов, П. М. Рабінович, І. І. Лукашук, С. В. Червоненко та інші [2].

Враховуючи авторитет Ради Європи і Європейського суду з прав людини як суб'єктів міжнародної правотворчості, дослідження питань відповідності законодавства і правозастосовної практики України праву Ради Європи набувають особливої актуальності.

Відповідно до положень ст. 18 Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (яку Україна ратифікувала 20 червня 2012 р.) [3]:

«Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

а) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла *передбаченого законодавством віку для заняття діяльністю сексуального характеру*;

б) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, коли:

- використовується примус, сила чи погрози або
- насильство здійснюється зі свідомим використанням довіри, авторитету чи впливу на дитину, зокрема в сім'ї, або
- насильство здійснюється в особливо вразливій для дитини ситуації, зокрема з причини розумової чи фізичної неспроможності або залежного становища.

2. Для цілей пункту 1 цієї статті *кожна Сторона визначає вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною*.

3. Дія положень підпункту «а» пункту 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевого стосунку між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою».

Але, увагу привертає факт відсутності у автентичному англomовному тексті зазначеної Конвенції терміну «age of consent» («вік сексуальної згоди»). Натомість використовується термін «legal age for sexual activities» [4], який український законодавець у Законі про ратифікацію Конвенції переклав як «передбачений законодавством вік для заняття діяльністю сексуального характеру» [5].

Пояснювальна доповідь розробників Конвенції частково проливає світло на особливості використання термінів Конвенції [6].

Відповідно до п. 127 Пояснювальної доповіді, термін «sexual activities» не визначений у Конвенції. Учасники переговорів визнали, що краще залишити Сторонам визначення значення і обсягу

цього терміну. Отже переклад терміну «sexual activities», оскільки він не розкритий у самому тексті Конвенції у лінгвістичному контексті, може означати як «сексуальну діяльність», так і «сексуальні дії», «.активність» що має суттєво змістовну різницю.

Відповідно до п. 128 Пояснювальної доповіді, п. 2 ст. 18 Конвенції підсилює, в цілях правової визначеності, вимогу для всіх Сторін Конвенції щодо визначення віку, нижче якого заборонено брати участь у діяльності сексуального характеру з дитиною. Учасники переговорів розглянули можливість гармонізації кримінального законодавства в цій сфері шляхом встановлення віку для сексуальних відносин у тексті Конвенції. Але тому що цей віковий критерій суттєво варіюється в державах-членах Ради Європи (*від 13 років (Іспанія) до 18 років (Мальта і Туреччина)*) і навіть у межах кожної держави, залежно від взаємовідносин, які можуть існувати між винуватцем і дитиною-жертвою, було вирішено залишити визначення цього віку для кожної Сторони Конвенції.

Стаття 18 Конвенції розрізняє два типи сексуального насильства щодо неповнолітніх.

По-перше, п. 1 а. ст. 18 передбачає кримінальну відповідальність за факт участі людини в діяльності сексуального характеру з дитиною, яка не досягла віку, як це визначено в національному законодавстві, нижче якого заборонено брати участь у діяльності сексуального характеру з ним або з нею.

По-друге, пункт 1 б. ст. 18 передбачає кримінальну відповідальність за факт участі людини в діяльності сексуального характеру з дитиною, незалежно від віку дитини, де використовуються примус, сила або погрози, або, якщо це особа зловживає довірою, владою або впливом на дитину, або у тих випадках, де зловживання застосовувались по відношенню до дитини у особливо вразливому становищі.

Розробники Конвенції зазначають, що: «При оцінці складових елементів злочину, Сторони повинні враховувати прецедентне право Європейського суду з прав людини, у зв'язку з цим, учасники переговорів хотіли б нагадати, що у справі «М. С. проти Болгарії» від 4 грудня 2003 року [7], в якій Європейський суд з прав людини зазначив у § 166, що він «переконаний, що будь-який жорсткий підхід до кримінального переслідування злочинів на сексуальному ґрунті, таких, які потребують доведення фізичного опору при будь-яких обставинах, залишають ризики залишення певного типу

згвалтування безкарними і, тим самим, ставлять під загрозу ефективний захист статевої свободи особистості. Відповідно до сучасних стандартів і тенденцій в цій області, позитивні зобов'язання держав-членів відповідно до статей 3 і 8 Конвенції мають розглядатися як вимога пеналізації та ефективного переслідування будь-якого неконсенсуального статевих акту, в тому числі за відсутністю фізичного опору жертвою».

У справі М.С. проти Болгарії заявниця, дівчина 14-ти років (вік сексуальної згоди в Болгарії [8]), була згвалтована двома чоловіками. Оскільки не було доведено, що вона пручалася і кликала на допомогу, кримінальної справи проти винних порушено не було. Європейський суд з прав людини знайшов порушення ст. 3 (принижуюче гідність поводження) і статті 8 (право на повагу приватного життя), відзначивши загальну тенденцію, згідно якої найважливішим елементом при встановленні факту згвалтування або сексуального наруги визнається відсутність згоди. Жертви сексуального насильства, особливо молоді дівчата, часто не в стані надавати опір із психологічних причин (пасивно піддаються), або зі страху подальшого насильства. Підкресливши, що держава зобов'язана переслідувати будь-який недобровільний статевий акт, навіть якщо жертва не надавала фізичного опору. Суд визнав слідство у справі, а також відповідне болгарське законодавство неефективними.

Окремої уваги заслуговує питання віку сексуальної згоди для гомосексуальних статевих зв'язків. Наведемо декілька прикладів з практики ЄСПЛ.

У справі В.В. проти Об'єднаного Королівства від 10 лютого 2004 р. заявник піддався переслідуванню за статевий зв'язок з підлітком 16 років. Згідно з діючим на той момент законодавством Великої Британії вступ у гомосексуальний зв'язок з особами чоловічої статі, які не досягли 18-річного віку вважався злочином. В той час, як вік сексуальної згоди для гетеро сексуальних зв'язків становив 16 років. Суд констатував порушення ст.ст. 8 і 14 Конвенції і призначив заявникові грошову компенсацію у розмірі 7 тис. євро [9].

У подібній справі Сазерленд (Sutherland) проти Об'єднаного Королівства заявник скаржився на те, що мінімальний вік вступу в законні гомосексуальні відносини між чоловіками становив 18 років, а для жінок 16 років, що порушувало його право на повагу особистого життя, гарантоване Статтею 8 Конвенції, і являло собою

дискримінацію порушення зазначеної норми, взятої в сукупності зі Статті 14 Конвенції.

13 жовтня 1997 р. Уряд Сполученого Королівства і заявник представили угоду, відповідно до якої Уряд Сполученого Королівства влітку 1998 року мав представити до Парламенту проект закону, що передбачає зниження віку, з якого можна вступати в гомосексуальні статеві відносини, з 18 до 16 років. Після прийняття зазначеного закону, а також згоди уряду Сполученого Королівства відшкодувати заявнику розумні витрати, сторони повинні були звернутися до Європейського суду з прав людини з проханням про затвердження дружнього врегулювання спору. Уряд Сполученого Королівства вирішив не оскаржувати скаргу заявника до тих пір, поки питання знаходився на розгляді Парламенту.

28 січня 2000 р. законопроект був знову внесений на розгляд Палати громад. Будучи прийнятим 263 голосами проти 102, він був переданий до Палати лордів 29 лютого 2000 року, де він 11 квітня 2000 пройшов друге читання без заперечень, хоча деякі лорди підкреслили, що вони запропонували б деякі зміни до законопроекту. Як результат, законопроект був прийнятий на підставі Закону про Парламент не раніше, чим закінчилася парламентська сесія в 2000 році. Закон 2000 року про злочини проти статевої недоторканності, яким був вирівняний вік дачі згоди на вступ у статеві відносини, отримав королівське схвалення 30 листопада 2000 р. і набув чинності 8 січня 2001 р. Після набрання чинності цим Законом, Європейський суд з прав людини отримав запит від обох сторін видалити із реєстру цю справу водночас із підтвердження того, що уряд відшкодує судові витрати заявника. В наслідок чого Суд видалив із свого реєстру цю справу [10].

У справі L. та V. проти Австрії заявники були засуджені за гомосексуальні зв'язки з підлітками у віці від 14 до 18 років. Австрійське законодавство розглядало статевий зв'язок між повнолітніми чоловіками і підлітками чоловічої статі, як злочин. В той же час на дівчаток підлітків від 14 до 18 років це законодавство не поширювалося. Суд не знайшов достатніх підстав, які могли б виправдати таку різницю в підходах. Європейський суд з прав людини визнав порушення статті 14 (заборона дискримінації) та статті 8 (право на повагу особистого та сімейного життя) [11].

У справі Фернандо дос Сантос Коунто (Fernando dos Santos Counto) проти Португалії, заявник був засуджений до позбавлен-

ня волі на строк півтора роки (умовно) за гомосексуальний зв'язок з підлітками. Покарання присуджувалось саме за гомосексуальні статеві зв'язки. Гетеро сексуальний акт вважався злочином тільки тоді, коли мало місце зловживання недосвідченістю неповнолітньої особи. Суд визнав, що порушення статті 14 (заборона дискримінації) та статті 8 (право на повагу особистого та сімейного життя) не було [12].

Наведені приклади свідчать, що Суд дуже обережно і у кожній справі індивідуально підходить до суті спору. Але не можна не помітити, що вік сексуальної згоди, що встановлюється законодавством держав-учасниць Конвенції для гетеро сексуальних і для гомосексуальних зв'язків розглядається Судом з рівних або гендерно-нейтральних позицій, а також з позицій не порушення ст. 14 (заборона дискримінації) та статті 8 (право на повагу особистого та сімейного життя).

Підписуючи Конвенцію Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства, прийняту 25 жовтня 2007 р., Уряд України не заявив жодних застережень або інших коментарів щодо змісту положень Конвенції, і, таким чином, Україна взяла на себе міжнародне зобов'язання щодо виконання всіх положень Конвенції. Отже, відповідаючи на питання чи є доцільним встановлення в українському законодавстві віку сексуальної згоди (age of consent), необхідно зауважити, що доцільність цієї дії впливає з відповідних міжнародних зобов'язань України. Тобто доцільно чи ні законодавчо закріплювати вік сексуальної згоди? Певно, що так. Найбільш складніше питання – це визначення конкретного віку нижче якого заборонено брати участь у «діяльності сексуального характеру» та визначення змісту понять «сексуальна згода», «сексуальна діяльність», «сексуальні дії», «полова зрілість», «примус», «психологічне і фізичне насильство», «погроза», «хитрість», «омана» і т.п., які мають отримати тлумачення в українському законодавстві у контексті сексуального насильства та використовуватись у рамках кримінального провадження при оцінці доказів, на що також посилається Європейський суд з прав людини у справі «М.С. проти Болгарії» (§ 161) [13].

Ще однією суміжною і невирішеною в рамках українського законодавства проблемою є використання терміну «дитяча проституція».

2. Див., напр., Вінгловська О. І. Імплементация міжнародних стандартів прав дитини в національному законодавстві України [Текст] : дис... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Вінгловська Олена Іванівна ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Інститут міжнародних відносин. – К., 2000. – 216 с.; Сучасний рівень додержання міжнародних стандартів прав дитини в законодавстві України [Текст] / Вінгловська О. // Укр. часопис прав людини. – 1998. – № 3-4 – К, 1999. – С. 20-25; Międzynarodowa ochrona dziecka / Marian Balcerek. – Warszawa : Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1986. – 583 s.; Демиденко К.Є. Шляхи імплементації міжнародних стандартів стосовно дитини до національного законодавства // Юридична наука, № 3, 2011. – С. 29-35
3. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства : Закон України від 20.06. 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_927/page
4. Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/201.htm>
5. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства : Закон України від 20.06. 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_927/page
6. Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse. Explanatory Report. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/201.htm>
7. Case of M. C. v. Bulgaria (Application no. 39272/98) Judgment, Strasbourg, 4 December 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://echr.ketse.com/doc/39272.98-en-20031204/view/>
8. Див., ст. 151, Criminal Code Publication State Gazette No. 26/02.04.1968, in force as of 01.05.1968, Last amendment SG No. 32/27.04.2010, in force as of 28.05.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/8881/preview>
9. Case of B. B. v. the United Kingdom (Application no. 53760/00) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61627#{«languageisocode»: \[«ENG»\], «appno»: \[«53760/00»\], «documentcollectionid2»: \[«CHAMBER»\], «itemid»: \[«001-61627»\]}}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61627#{«languageisocode»: [«ENG»], «appno»: [«53760/00»], «documentcollectionid2»: [«CHAMBER»], «itemid»: [«001-61627»]}})
10. Sutherland v. The United Kingdom (Application no. 25186/94) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/523d627dc9385b61c1256a1e00382bc2?OpenDocument>

11. L. and V. v. Austria (Application no. 39392/98, 39829/98) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/174e96b1078f084341256caa00362fcc?OpenDocument>.
12. Homosexualität: strafrechtliche Aspekte. Fernando dos Santos Couto gegen Portugal [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: http://echr.coe.int/Documents/FS_Homosexuality_DEU.pdf.
13. Case of M. C. v. Bulgaria (Application no. 39272/98) Judgment, Strasbourg, 4 December 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://echr.ketse.com/doc/39272.98-en-20031204/view/>
14. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства : Закон України від 20.06. 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_927/page.
15. Про міжнародні договори України: Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.
16. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства : Закон України від 20.06. 2012. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_927/page.